

## Vertriebsvergütungen – Herausgabepflicht der Vermögensverwaltungsbank

### Ein weiteres Präjudiz zu Drittvergütungen im Anlagegeschäft

#### Autor / Autorin

Corinne Zellweger-Gutknecht



Universität Zürich

#### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner



PYTHON & PETER

Avocats - Attorneys-at-law - Rechtsanwälte - 弁護士

*Das Bundesgericht hat in den zwei zur Publikation bestimmten Urteilen 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 seine Rechtsprechung zu Retrozessionen ergänzt und über weitere Drittvergütungen im Anlagegeschäft entschieden: Insbesondere bejaht es mit Blick auf Vertriebsentschädigungen die Rechenschafts- und Herausgabepflicht einer Vermögensverwaltungsbank – selbst wenn diese Zuwendungen zwischen konzernverbundenen Unternehmen ausgerichtet werden.*

#### Sachverhalt

[1] Im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages erwirbt eine Bank für ihren Kunden Anlagefonds und strukturierte Produkte. Diese werden mehrheitlich durch Gesellschaften emittiert, die mit der Bank konzernverbunden sind. Da die Bank auch als Vertriebsträgerin für einige dieser Fonds tätig ist, erhält sie sog. Vertriebsentschädigungen. Nur dem vorinstanzlichen Urteil ist ausserdem zu entnehmen, dass die Bank für ihre Dienste bei der Lancierung der strukturierten Produkte samt deren Festübernahme einen Anteil aus dem von ihr bezahlten Emissionspreis zurückvergütet erhält (OGER ZH Urteil LB090076 vom 13. Januar 2012, S. 35 E. III.3.F.5.1).

#### Vorinstanzverfahren

[2] Der Kunde klagt gestützt auf Art. 400 [OR](#) und rückwirkend für die vergangenen zehn Jahre auf Auskunft über die genannten Zuwendungen und ihre Herausgabe. Die Bank hingegen bestreitet den dafür erforderlichen inneren Zusammenhang (s. BGE [137 III 393](#), 395 E. 2.1 m.Nw.) zwischen dem Verwaltungsauftrag und den Vertriebsentschädigungen in Form von sog. Bestandespflegekommissionen einerseits und den Entschädigungen bzgl. der strukturierten Produkte andererseits. Zudem seien jedenfalls konzernintern ausgerichtete Zuwendungen gar keine Drittvergütungen und unterfielen darum von vornherein Art. 400 [OR](#) nicht. Die erste Instanz weist die Klage vollständig ab. Die zweite heisst sie teilweise gut; allerdings nur für Zuwendungen von konzerndritten Emittenten, weil die Bank nicht belegt habe, dass ihr damit eigenwirtschaftliche Leistungen vergütet worden wären. Beide Parteien führen Beschwerde in Zivilsachen, woraufhin das Bundesgericht den Anträgen des Klägers weitgehend folgt – mit den nachstehenden Begründungen:

#### Entscheid

[3] Sowohl die Herausgabe- als auch die Rechenschaftspflicht bilden zentrale Elemente der Fremdnützigkeit des Auftrages (E. 5.3). Sie konkretisieren die Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 [OR](#) und dürfen daher nicht isoliert von Letzterer beurteilt werden (E. 5.3). Vielmehr ist Art. 400 Abs. 1 [OR](#) "auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar" (zit. E. 5.4 i.f.), mithin auch auf die diskretionäre Vermögensverwaltung durch Banken (E. 4.2 m.Nw.). Allerdings entscheidet erst das *Mass der im Einzelfall geschuldeten Interessenwahrung*, ob tatsächlich ein Interessenkonflikt droht, der die durch

Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 [OR](#) geschützte Fremdnützigkeit gefährdet. Diese Gefährdung ist umso eher anzunehmen, je umfassender ein Beauftragter die Interessen seines Auftraggebers zu wahren hat und ist jedenfalls für die diskretionäre Vermögensverwaltung zu bejahen (E. 5.5 m.Nw.).

[4] Hinzutreten muss freilich noch die *Anreizwirkung* der Drittzuwendung, "durch eigene Entscheidung einen Bestand bestimmter Anlageprodukte zu begründen, zu erhalten oder zu erhöhen, auch wenn dies möglicherweise nicht durch die Interessen des Kunden gerechtfertigt ist" (zit. 5.6). In casu ist die Anreizwirkung dadurch indiziert, dass sich die Zuwendungen nicht nach dem erbrachten Aufwand richten (zu solchen Fällen E. 5.7), sondern nach dem effektiven und potentiellen Vertriebs Erfolg. Dadurch konfliktieren die (umfassend zu wahren) Interessen des Vermögensverwaltungskunden zum einen mit den Vertriebsinteressen der Emittenten (E. 5.6) und zum andern mit den Zuverdienstinteressen der Bank (E. 8.5).

[5] Unerheblich ist dabei die *Quelle der Drittzuwendungen*, mithin, ob Dritte sie direkt aus Leistungen entrichten, die sie vom Anleger eingenommen haben (z.B. Abschlussprovision bei der Emission von Kollektivanlagen) oder – wie etwa im Falle der in casu streitigen Bestandespflegekommissionen – aus einem Sondervermögen, an dem der Anleger anteilmässig beteiligt ist (E. 5.4). Dem strafrechtlichen BGer [6B 223/2010](#) vom 13. Januar 2011 kommt diesbezüglich keine (gegenteilige) präjudizielle Wirkung zu (E. 5.2).

[6] Das Gesagte gilt ausserdem ausdrücklich auch für Zuwendungen im Konzernverbund (E. 8.3). Denn wo das hiesige Recht ausnahmsweise eine wirtschaftliche Betrachtungsweise einnimmt, geschieht dies regelmässig nicht zum Schutze der Konzernglieder sondern konzernfremder Personen (E. 8.3). *Konzerninterne Zahlungen bleiben damit Zuwendungen Dritter*, denen überdies sogar eine erhöhte Gefahr eines Interessenkonflikts eignet, da die Vermögensverwaltungsbank die Vertriebsinteressen einer konzernverbundenen Emittentin grundsätzlich teilt (E. 8.5). Gerade bei der entgeltlich erbrachten Vermögensverwaltung muss ein Kunde jedenfalls nicht damit rechnen, dass konzerninterne und/oder eine Drittzuwendung generierende Produkte bevorzugt werden, ist es doch bei umfassend geschuldeter Interessenwahrung unzulässig, bei gleicher Qualität mehrerer Anlagen eine teurere auszuwählen, für deren erfolgreichen Vertrieb eine Vergütung entrichtet wird (E. 8.5 m.Nw.).

[7] Nur beiläufig bzw. indirekt ist dem Urteil zu entnehmen, dass in casu der Anreiz seine Wirkung überhaupt nur entfalten konnte, weil die beauftragte Bank aufgrund der Vertragsabreden die Anlageentscheide selbstständig vornehmen durfte (E. 5.6; subjektives Dispositionsermessen) und eine effektive Wahl zwischen Produkten gehabt hat, die ihr Drittzuwendungen eintrugen und anderen, für die keine Drittvergütung floss (E. 8.6; objektives Dispositionsermessen).

[8] Diese Grundsätze sind selbst dann zu beachten, wenn *anders lautende Bestimmungen* im Ständerecht, im Sonderprivat- und Aufsichtsrecht oder im übrigen öffentlichen Recht (insb. Steuerrecht) die Leistung von Drittvergütungen erlauben oder gar vorschreiben (E. 5.8.1; 5.8.2; 8.3) oder umgekehrt die Auskehr ganz oder teilweise untersagen sollten (E. 5.8.2). Denn soweit eine grundsätzlich frei wählbare Geschäftstätigkeit und Organisationsweise Regeln unserer Rechtsordnung verletzt, "bleibt letztlich nur der Verzicht auf die Tätigkeit in der beabsichtigten Form" (zit. E. 8.3, Hervorhebung hinzugefügt; ähnlich schon E. 5.8.2). Zudem verneinte das Bundesgericht vorliegend schon die *Einschlägigkeit* der angeblich mit der Herausgabepflicht nicht zu vereinbarenden Normen im Kollektivanlagerecht (E. 5.8.1) und zog sie für die Ziff. 4 der SFA-Richtlinie (s. FINMA-Rundschreiben 2008/10 Rz. 16) jedenfalls stark in Zweifel (E. 5.8.2).

## Anmerkungen

[9] Der Entscheid reflektiert den status quo der hiesigen Lehre in der dem Thema angemessenen Breite und Tiefe und klärt mit überzeugenden Argumenten einige der drängendsten Fragen im Zusammenhang mit Drittvergütungen (zum Thema eingehend jüngst Zellweger-Gutknecht, Drittvergütungen im Finanzanlagegeschäft – ein systematischer Leitfaden, in: Loacker/Zellweger-Gutknecht (Hrsg.), Zürich/St.Gallen 2012, 247-303; bereits zum Urteil Nobel, [Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen](#), in: Jusletter 19. November 2012; Mathys/Roberto, [Wann](#)

[verjähren Bestandespflegekommissionen?](#), in: Jusletter 19. November 2012). Andere Aspekte mussten hingegen einstweilen – bedingt durch die Ausgangslage – wenigstens teilweise offen bleiben; zwei von ihnen verdienen besondere Beachtung (s. auch rechtsvergleichend Zellweger-Gutknecht, erscheint demnächst in BKR 12/2012 oder 1/2013):

[10] Erstens steht nun zwar ausser Zweifel, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Herausgabepflicht stets greift, wenn eine umfassende Interessenwahrung geschuldet ist. Das trifft nicht nur auf bankexterne Vermögensverwalter zu (wie bislang z.T. vertreten, s. E. 5.1 m.Nw.), sondern ebenso auf Vermögensverwaltungsbanken. Wie die Lage hingegen im Falle eines *Anlageberatungs- oder Abwicklungsmandates* (execution only) zu beurteilen wäre, musste einstweilen noch nicht beantwortet werden (E. 5.5).

[11] Dass gerade die *Anlageberatung* traditionell oft gebührenfrei erbracht wird, dürfte indessen einer analogen Beurteilung nicht prinzipiell entgegenstehen. Denn schon BGer [4C.394/2005](#) E. 2.2 vom 29. März 2006 stellte klar, dass mitunter selbst die unentgeltlich erbrachte Auskunft im Lichte eines regulären Beratungsauftrags zu beurteilen ist: Nämlich dann, wenn der Raterteilende ein wirtschaftliches Interesse an seiner vollamtlich ausgeübten Tätigkeit hat (das wie in casu durchaus primär auf den Vertrieb bestimmter Anlagen gegen Provision abzielen kann) und der Kunde die erteilten Sachverständigenauskünfte in erheblicher Weise zur Grundlage seiner Vermögensdisposition macht. Ausserdem hat auch der Berater über Umstände aufzuklären, die dem Beratenen erkennbar unbekannt und für seine Willensbildung erheblich sind (BGer a.a.O. E. 2.3). Darunter fallen m.E. die Parameter zu Berechnung der Gesamtkosten einer Anlage, ihrer Werthaltigkeit und Rentabilität (s. BGE [137 III 393](#), 398 ff. E. 2.4) – sind sie doch für den Beratungskunden, der gestützt hierauf seine Anlageentscheide selber trifft, nicht minder fundamental als für den Verwaltungskunden, der gestützt darauf die Investments seines Verwalters kontrollieren kann. Insofern, also im Hinblick auf die genannten Angaben, erweisen sich die Interessen des Ratsuchenden als nicht weniger schützenswert, mögen sie auch insgesamt nicht ganz so umfassend zu wahren sein wie jene des Verwaltungskunden (dazu etwa BGE [133 III 97](#), 102 E. 7.1).

[12] Hingegen dürfte bei reinen *Abwicklungsgeschäften* (execution only) regelmässig bereits das erforderliche Dispositionsermessen fehlen, so dass ein möglicher Anreiz von vornherein keine Wirkung zu entfalten vermag (s. zu Regel und Ausnahmen Zellweger-Gutknecht, a.a.O. 264 ff.).

[13] Zweitens beschränken sich die Erwägungen trotz des eingangs geschilderten Sachverhalts auf den Vertrieb der Anlagen durch die Bank auf Rechnung des Kunden. Der *Vertrieb der strukturierten Produkte* wird nicht gesondert geprüft, obwohl die Bank sie *zunächst auf eigene Rechnung* erworben und erst dann an ihre Kunden veräussert hat (s. OG ZH a.a.O. S. 35 E. 5). Diese Ungenauigkeit mag durch die Beklagte selbst veranlasst sein, die den Vertrieb der strukturierten Produkte "sinngemäss" wie den Vertrieb konzerneigener Fonds beurteilt haben wollte (nachdem sie mit ihrer Primärbehauptung, die Produkte selber emittiert zu haben, nicht durchgedrungen war; E. 9). Jedenfalls verweigert das Bundesgericht dem Kläger Herausgabe und Rechenschaft auch im Falle des offenbar mittels Festpreisgeschäft erfolgten Vertriebes nicht. Das verdient zwar gerade bei der diskretionären Vermögensverwaltung im Ergebnis Zustimmung: Denn obwohl hier formal-juristisch gesehen nur bilaterale Verhältnisse vorliegen, sind Festpreisgeschäfte jedenfalls dann nicht wie Eigengeschäfte zu behandeln, wenn die Bank in Wahrheit gar kein eigengeschäftliches Risiko übernimmt (s. zu diesem auch bei der Aufdeckung von Kursschnitten angewendeten Kriterium Zellweger-Gutknecht a.a.O. 263 f.), da sie von Beginn weg abschätzen kann, welches Quantum der Anlagen sie in Depots ihrer Vermögensverwaltungskunden sowieso absetzen kann. Da sich indessen das vorliegende Urteil mit dieser Abgrenzung nicht differenziert auseinandergesetzt hat, bleibt einstweilen offen, inwieweit es künftig Dritteleistungen beim Vertrieb via Festübernahme tatsächlich Art. 400 [OR](#) unterstellen wird (s. kritisch zur entsprechenden BGH-Praxis auch Zellweger-Gutknecht, BKR, Ziff. D.IV).

[14] Abschliessend lassen sich die wichtigsten Erwägungen des Urteils wie folgt zusammenfassen: Beauftragte haben Vertriebsentschädigungen herauszugeben, die ihre Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Kunden beeinträchtigen können (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 [OR](#); E. 5.2 und 8.4). Dabei spielt es keine Rolle, ob ihnen solche Drittvergütungen für den Vertrieb fremder oder

konzerneigener Anlageinstrumente (in casu v.a. Fonds und strukturierte Produkte) zufließen (E. 8.3 und 8.4). Unerheblich ist zum einen, ob die Zuwendung unmittelbar aus einer beim Kunden erhobenen Gebühr stammt, oder aus einer Verwaltungsgebühr, die lediglich ein Sondervermögen belastet, an dem der Kunde anteilig berechtigt ist. Zum andern ist auch ohne Belang, dass die Berechnung der Vergütung anhand des Gesamtbestands der jeweiligen Produkte bei der Beauftragten und nicht für jeden Kunden einzeln erfolgt (E. 5.4). Damit konfligierende sonderprivatrechtliche oder prudentielle Bestimmungen (insb. im KAG) sind nicht ersichtlich (E. 5.8.1); genauso wenig wohl entsprechende Selbstregulierungen (insb. der SFA). Letztere vermöchten zudem die zivile Ablieferungspflicht sowieso nicht aufzuheben (E. 5.8.2) – ebenso wenig wie Steuervorschriften. Denn kollidieren Pflichten aus Vertrieb und Verwaltung, muss die Beauftragte auf eine der Tätigkeiten schlicht verzichten (E. 5.8.2 und 8.3).

Zitiervorschlag: Corinne Zellweger-Gutknecht, Vertriebsvergütungen – Herausgabepflicht der Vermögensverwaltungsbank, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 28. November 2012